

Projet de loi

portant modification

- 1. du Code du travail**
- 2. de la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat et**
- 3. de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux.**

Avis complémentaire du Conseil d'Etat

(22 mars 2013)

Par dépêche du Premier Ministre, Ministre d'Etat, du 29 janvier 2013 et à la demande de la ministre de la Famille et de l'Intégration, le Conseil d'Etat a été saisi d'une série d'amendements gouvernementaux au projet de loi sous rubrique. Au texte desdits amendements ont été joints un commentaire et un texte coordonné du projet de loi ainsi amendé.

Les avis de la Chambre des salariés et ceux de la Chambre de commerce et de la Chambre des fonctionnaires et employés publics au sujet des amendements gouvernementaux ont été transmis au Conseil d'Etat respectivement par dépêches des 20 et 28 février 2013.

Examen des amendements

Amendement 1

Cet amendement tend à modifier l'intitulé de la future loi pour refléter au troisième tiret de cet intitulé le fait que la loi du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux a été modifiée depuis son adoption.

Le Conseil d'Etat note dans un premier stade que les auteurs remplacent les tirets initialement prévus dans le projet de loi par la mention: « 1°, 2° et 3° » dans le texte coordonné de la loi joint aux amendements gouvernementaux.

Le texte de l'amendement fait d'ailleurs aussi état de « points » au lieu de tirets. La dépêche précitée du Premier Ministre mentionne des tirets dans l'intitulé.

Comme il est d'usage légistique de faire précéder la mention des lois à modifier d'un tiret et non d'un chiffre, il conviendra de redresser l'intitulé en ce sens.

L'amendement fait suite à une observation formulée par le Conseil d'Etat, observation qui n'a cependant pas été intégralement reprise. En effet, l'attention des auteurs avait été attirée sur le fait que la loi du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat a elle aussi été modifiée à

d'itératives reprises après son adoption et que le deuxième tiret de l'intitulé de la future loi devrait se lire:

« - de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires de l'Etat ».

Il y a donc lieu d'adapter l'intitulé en conséquence.

Amendement 2

L'amendement en question tend à répondre à une opposition formelle exprimée par le Conseil d'Etat dans son avis du 9 octobre 2012. En effet, le Conseil d'Etat avait souligné qu'en laissant sans sanction les violations des obligations que le texte de la loi en projet impose aux employeurs, – obligation d'accorder un entretien à un employé retournant d'un congé parental et souhaitant un aménagement de son horaire et/ou de son rythme de travail –, et de motiver le refus, le texte de la proposition de loi ne transposait pas correctement l'article 2 de la directive 2010/18/UE.

Les auteurs entendent remédier à cet état de choses en proposant d'ajouter un article L. 234-49*bis* au Code du travail. L'article L. 234-49*bis* que les auteurs des amendements proposent d'ajouter va cependant plus loin. En effet, il prévoit que dorénavant toute violation des obligations découlant des articles L. 234-43 à L. 234-49 donnera droit en faveur du salarié à des dommages-intérêts.

En d'autres mots, toute violation des dispositions concernant le congé parental prévu à la section 6 du livre II du Code du travail sera sanctionnée de cette façon.

Malheureusement, dans le commentaire de l'amendement, les auteurs ne se sont pas exprimés sur les raisons d'être de ce changement. Auraient-ils estimé qu'une sanction pour l'employeur qui refuse un congé parental ne soit pas spécifiquement prévue dans les textes des articles L. 234-43 à L. 234-49 du Code du travail et que dès lors il convienne d'intervenir?

Si tel est le raisonnement des auteurs, le Conseil d'Etat n'est pas convaincu que celui-ci soit exact. En effet, s'il est vrai que la sanction de l'employeur qui refuse, malgré les termes formels de la loi, d'accorder un congé parental n'est pas formellement prévue, il n'en reste pas moins que les dispositions visées prévoient certaines mesures:

- l'employeur a, en principe, l'obligation légale d'accorder le congé parental, sauf si celui-ci n'a pas été sollicité dans le délai légal (L. 234-47 (1));
- à partir du dernier délai pour le préavis de notification de la demande de congé parental, l'employeur ne peut plus licencier le salarié; s'il le fait quand même, la résiliation est nulle et le président du tribunal de travail statuant comme en matière de référé a compétence pour en constater la nullité (L. 234-47(2));
- en cas de demande de report du congé parental par l'employeur et de désaccord entre ce dernier et le salarié, le directeur de l'Inspection du travail et des mines a compétence pour aplanir les divergences et si un

accord n'est pas trouvé, le tribunal de travail statuant en matière de référé décidera (L. 234-47, dernier alinéa).

A cela s'ajoute le droit commun en matière de législation du travail: le salarié peut à tout moment, en cas de violation par l'employeur de ses obligations légales, démissionner de son poste et citer son employeur devant le tribunal de travail pour obtenir des indemnités. Ainsi, l'article L. 124-10(1) du Code du travail prévoit que « chacune des parties peut résilier le contrat de travail sans préavis ou avant l'expiration du terme pour un ou plusieurs motifs graves procédant du fait ou de la faute de l'autre partie, avec dommages-intérêts à charge de la partie dont la faute a occasionné la résiliation immédiate ».

Et finalement l'Inspection du travail est des mines est investie d'une mission générale de veiller et de faire veiller à l'application de la législation du travail et son directeur peut prononcer des sanctions administratives si cela devait s'imposer.

Aussi le Conseil d'Etat estime-t-il qu'il existe un arsenal légal suffisant, assurant une protection juridique efficace et ayant un effet dissuasif réel dans l'hypothèse où l'employeur refuse d'accorder au salarié le congé parental que la loi lui accorde.

En l'espèce cependant, il s'agit de sanctionner le refus de l'employeur d'accorder un entretien au salarié retournant d'un congé parental au sujet de l'aménagement de son horaire ou de son rythme de travail ou du défaut par l'employeur de motiver sa décision de refus qu'il peut librement prendre.

Et à ce sujet se pose la question de savoir si un salarié voyant un employeur lui refuser un entretien ou une motivation d'une décision de refus, qu'il est par ailleurs libre de prendre comme il l'entend, ira jusqu'à risquer en temps de crise de résilier son contrat et citer son employeur devant les juridictions du travail. Ou va-t-il simplement accepter le refus d'un entretien ou d'une motivation de la décision, sachant qu'en fin de compte l'employeur est libre de décider ce qu'il veut?

En d'autres mots, il se pose la question de l'effectivité de la sanction à prendre et de sa proportionnalité en tenant compte de la situation.

Dès lors, le Conseil d'Etat suggère d'en rester au système actuel mais de prévoir une sanction spécifique en relation avec l'omission d'accorder un entretien au salarié en vue de discuter l'aménagement de son horaire ou de son rythme de travail et de l'omission de motiver le refus.

Les auteurs du projet de loi ont opté pour une réparation de nature civile en cas de violation des obligations précitées par un employeur.

Dans les commentaires de la proposition de directive, les auteurs de cette proposition ont indiqué, en commentant l'article 2 de la future directive, que la sanction à prévoir ne devait pas être une sanction pénale, mais qu'elle devait être conforme aux exigences de la jurisprudence de la Cour de Justice de l'Union européenne et notamment de l'arrêt *Draehmpaehl* (affaire C-180/95). Selon cet arrêt, la simple violation d'un droit doit suffire à elle seule pour engager la responsabilité entière de son auteur, sans que puissent être retenues des causes d'exonération prévues par

le droit national. Il ne faudra donc pas que le demandeur soit obligé d'établir l'existence d'une faute. Par ailleurs, si la réparation d'une faute doit se faire par l'octroi d'une indemnité, cette indemnité doit être de nature à assurer une protection juridique efficace et elle doit avoir un effet dissuasif réel. Finalement, selon les travaux préparatoires de la directive, une fixation d'un plafond pour le dédommagement n'est pas admissible.

Le Conseil d'Etat suit les auteurs dans leur choix de ne pas prévoir des sanctions pénales ou administratives, mais une réparation de nature civile.

Par ailleurs, les dommages-intérêts octroyés pour réparer les conséquences d'une violation d'une obligation étant une indemnité, il n'y a pas lieu de le préciser dans le texte.

Ensuite, l'exigence de prévoir une sanction effective et dissuasive, fixée en application du principe de proportionnalité en tenant compte de la gravité de la violation et de la situation de la personne ayant subi ladite violation, est une obligation imposée aux Etats membres par la directive 2010/18/UE du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'UEAPME, le CEEP et la CES et abrogeant la directive 96/34/CE. Ces derniers doivent prévoir des sanctions correspondant aux critères susmentionnés dans leur loi de transposition et ils ne sauraient déléguer cette obligation aux juges. La phrase: « L'indemnité, qui est effective et dissuasive, est fixée en application du principe de proportionnalité en tenant compte notamment de la gravité de la violation et de la situation de la personne ayant subi ladite violation » ne doit donc pas figurer dans l'article L. 234-49*bis* en projet.

La Cour de Justice de l'Union européenne a déjà reconnu que l'attribution de dommages-intérêts peut constituer une sanction adéquate, si elle correspond aux critères précités.

En l'espèce, l'octroi de dommages-intérêts en cas de violation de l'obligation d'accorder un entretien ou de motiver le refus devrait satisfaire aux critères d'effectivité, de dissuasion, de proportionnalité et de prise en compte de la situation spécifique. En effet, le juge saisi d'une demande en indemnisation, et après avoir constaté une violation de la loi, procédera à une analyse de la causalité entre le dommage invoqué par le demandeur et la violation qu'il a constatée. S'il vient à la conclusion que la violation de l'obligation a causé le dommage, il prononcera une condamnation qui aura pour effet de réparer le dommage, tout le dommage mais rien que le dommage causé par la violation. Partant, l'indemnité accordée sera effective et proportionnelle et tiendra compte de la situation de la personne ayant subi le dommage.

En présence de toutes ces considérations, le Conseil d'Etat propose de faire abstraction de l'article L. 234-49*bis* que les auteurs entendent introduire, mais d'ajouter au texte du nouveau paragraphe 12 proposé à l'article L. 234-48 du Code du travail un alinéa 2 à libeller comme suit:

« La violation des obligations imposées par l'alinéa qui précède donne droit à des dommages-intérêts au profit du salarié, à fixer par le tribunal du travail. »

Amendement 3

Si le Conseil d'Etat est suivi dans ses suggestions au sujet de l'amendement 2, l'amendement 3 est superflu.

Amendement 4

Sans observation.

Amendement 5

L'amendement 5 concerne le régime légal des fonctionnaires et employés publics.

Le Conseil d'Etat renvoie à ses observations à l'endroit de l'amendement 2.

Dans son avis du 19 février 2013, la Chambre des fonctionnaires et employés publics a relevé les difficultés pratiques résultant du fait que le chef de l'administration soit celui avec lequel le fonctionnaire aura à s'entretenir au sujet de ses desiderata d'aménagement de l'horaire ou du rythme de travail. Dès lors, la Chambre des fonctionnaires et employés publics a suggéré d'écrire « avec le chef d'administration ou son délégué », une proposition à laquelle le Conseil d'Etat se rallie.

Par ailleurs et au niveau des sanctions des violations, le Conseil d'Etat propose d'ajouter un alinéa 6 à l'article 29^{ter} de la loi modifiée du 16 avril 1979 fixant le statut général des fonctionnaires d'Etat, libellé de la façon suivante:

« La violation des obligations imposées par l'alinéa qui précède donne droit à des dommages-intérêts au profit du fonctionnaire, à fixer par le juge. »

Le Conseil d'Etat rappelle que le juge visé est le juge judiciaire conformément à l'article 84 de la Constitution.

Amendement 6

Cet amendement concerne le régime des fonctionnaires communaux. Le Conseil d'Etat réitère à cet endroit ses observations formulées au sujet de l'amendement 2.

Au niveau des sanctions à prévoir, le Conseil d'Etat suggère d'ajouter à la suite du nouvel alinéa proposé à l'article 30^{ter} de la loi modifiée du 24 décembre 1985 fixant le statut général des fonctionnaires communaux un autre alinéa libellé de la façon suivante:

« La violation des obligations imposées par l'alinéa qui précède donne droit à des dommages-intérêts au profit du fonctionnaire, à fixer par le juge. »

Ainsi délibéré en séance plénière, le 22 mars 2013.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

Le Président,

s. Victor Gillen